...sse de la dicha herencia vn patronazgo
...tuo en cierta forma.

Este testamento se hallô cortados los
y abierto, borradas en el muchas parti-
ñaladas al margen por pagadas, y otras
...iciones del mismo Iurado Esteuan de
Por manera, que el mismo testador
...a lo abrio, queriendo hazer otro tes-
...o, y en esto van conformes las partes,
...ciones que han presentado, Rollo, fol...

...espues en tres de Febrero de mil y
...os y veynte y seys, el Iurado, hallan...
...tado de la enfermedad de que mu...
...hazer su testamento ante R...

POR

DOÑA ANA DE Villarejo y Aluarado, viuda del Iurado Esteuan de la Peña, vezina desta ciudad.

CON

El Iurado Frãcisco Rodriguez Zatorre y consortes.

SOBRE

La herencia del dicho Iurado Esteuan de la Peña.

En Granada, por Francisco Heylan, Impressor de la Real Chancilleria. Año de 1637.

1 ;has a los Receptores en tiempo, estando en le
bran efecto de liberacion, en fauor de los cde
,y lugares encabeçados, y en fauor del Reyn dis
la baja, y assi se ha juzgado, en el Consejo de l y
praticado en la baja del año de seiscientos, es-
,y en esta del año de seisciẽtos y quarẽta y o an-
de: de donde se saca buena consequencia e Ar-
uildos, y contribuyentes del Subsidio, y pu-
puede obrar mas efecto la obligacion de da:
por e la obligacion del encabeçamiento gener que
dex ordinario, y extraordinario: ni tienen di doña
Ana ue le
deu 52. Lo segundo se pondera el texto la Ede
rra s 24. *ff. de præscriptis verbis.* Donde vn de
fuò cierta cantidad de dinero a otro, dexado
con cargo, que si muriesse sin hijos boluies-
sen a su heredero; y el, como tal heredero, se
alçó, y remitio el grauamen y condicion, y
se los mandó dar libremente, para que dispu-
siesse dellos, aunque muriesse sin hijos.

2 ¶ Y del remaniente que quedasse de su hazienda, cumplido su testamẽto, dixo: *Que de todo el residuo que quedare de la dicha mi herencia, derechos y acciones, goze y sea vsufrutuaria la dicha doña Ana de Villarejo mi muger, y la tenga, y possea, y goze de los frutos, y renta della, como tal vsufrutuaria, que desde luego la nombro, de todo ello, sin que tenga obligacion a dar fianças, porque dellas la relieuo: y quiero y es mi voluntad, que goze del dicho vsufruto, soltera, o casada, durante los dias de su vida, &c.* Diole facultad paraque dispusiesse de trezientos ducados de la renta de su haziẽda, de lo que corriesse despues de la muerte de la dicha doña Ana: y que muerta ella, se

fundasse

fundasse de la dicha herencia vn patronazgo perpetuo en cierta forma.

3 ¶ Este testamento se hallô cortados los hilos y abierto, borradas en el muchas partidas, señaladas al margen por pagadas, y otras con adiciones del mismo Iurado Esteuan de la Peña. Por manera, que el mismo testador en su vida lo abrio, queriendo hazer otro testamento, y en esto van conformes las partes, en peticiones que han presentado, Rollo, fol. 54. & 55.

4 ¶ Despues en tres de Febrero de mil y seyscientos y veynte y seys, el Iurado, hallandose apretado de la enfermedad de que murio, començo a hazer su testamento ante Roque Gonçalez, escriuano publico de Granada: y auiendo hecho algunos legados, se apretô de manera, que no pudo passar adelante, y el escriuano puso vna clausula, que dize assi: *Y estando en este estado, el dicho Iurado dixo, q̃ se moria, y yo el dicho escriuano le preguntè, a quien dexaua por su heredero vniuersal? y dos vezes dixo, que a doña Ana de Aluarado su muger, y por su albacea al Padre Pancoruo, de la Orden de señor san Anton, y que se hiziesse lo que dexaua tratado con el Padre Antonio Fernandez de la Compañia de Iesus. Y en este estado se le quitô la habla, siendo testigos, &c.* Y pone seys testigos varones, vezinos de Granada, y con esto murio el testador.

5 ¶ Y pendiente este pleyto, el Padre Antonio Fernandez (de pedimiento del Iurado Francisco Rodriguez Zatorre y consortes, en virtud de vn auto del Alcalde mayor) hizo

cierta

cierta declaracion ante el escriuano de la causa, que las clausulas que della hazen al proposito deste pleyto, dizen assi.

6 ¶ *Y declarando lo que el dicho Iurado Esteuan de la Peña le trató, y comunicó, y dixo que dexaua ordenado, y le encargó la conciẽcia, que él lo hiziesse cumplir particularmente, quatro, o cinco dias antes que muriesse, en presencia del Padre Alonso de Medrano de la Compañia de Iesus, que fueron a rogarle, que dexasse alguna parte de su hazienda a la dicha doña Ana de Aluarado su muger. Dixo, que la dicha doña Ana de Aluarado tenia mil ducados, que le auia dexado doña Petronila Ederra su tia, y quinientos ducados, en que la auia dotado el dicho Iurado, que con ellos y el vsufruto de su hazienda por toda su vida, tenia bastante. Y dixo, que en este vsufruto no tuuiesse obligacion de dar fianças, porque dellas la releuó, y que gozasse del dicho vsufruto, soltera, o casada, y cumpliesse con hazer inuentario juridico de la haziẽda que recibiesse.* Y prosigue con otras clausulas, en que declara diferentes legados, y otras cosas que dize le comunicó el testador, y luego pone las clausulas que se siguen, con que remata la declaracion. Iten dixo, *que el vsufruto de la dicha su hazienda mandaua a la dicha su muger, con cargo que cada vn año hiziesse dezir por su anima del dicho Iurado Esteuan de la Peña y sus difuntos, cincuenta Missas rezadas en la Capilla de Francisco Rodriguez Zatorre, donde se auia de sepultar su cuerpo, dãdo de limosna dos reales por cada vna, con vn Responso cada Missa sobre su sepultura, &c.*

Iten,

Iten dixo *dexaua fundado vn patronazgo y memoria, en el testamento que abrio, contenido en esta declaracion, que se hiziesse de su hazienda, despues de los dias de la dicha doña Ana de Aluarado su muger, que encargaua á este declarante la conciencia, para que lo hiziesse instituyr y efetuar, en la forma y como lo dexaua, y se contenia en el dicho testamento, que era patronazgo de legos, capellania, y casamiento de huerfanas: y esto es lo que se acuerda que dexô tratado con este declarante el dicho Iurado Esteuan de la Peña.*

7 ¶ Esto supuesto; por muerte del dicho Iurado Esteuan de la Peña acudieron a pedir la possessión de sus bienes y herẽcia; por vna parte el Iurado Francisco Rodriguez Zatorre y consortes, como sus herederos legitimos ab intestato, pretendiendo que el testamento que otorgô en presencia de Roque Gonçalez escriuano publico, y los seis testigos, suprâ num. 4. no tiene las solenidades y requisitos necessarios, para que pueda passar por testamento; y que assi el Iurado Esteuan de la Peña murio ab intestato, y a ellos, como a pariẽtes mas cercanos les toca su herencia. Y por otra parte doña Ana de Aluarado, viuda del dicho Iurado, como heredera vniuersal, instituyda por el testamento que queda referido suprâ num. 4. y auiendosele mandado dar la possession con cierta fiança, por auto, que se confirmô en la Chancilleria, en peticiõ de treze de Mar

zo de feyfcientos y veynte y feys, la dicha doña Ana deduxo el derecho de la propiedad, fobre el qual fe recibio a prueua cō termino ordinario, y falio fentencia del Alcalde mayor, en que la declaró por heredera vniuerfal del Iurado Efteuan de la Peña fu marido, y que como tal le pertenecen todos fus bienes y herencia. Y para que efta fentencia fe confirme, fe confideran por parte de doña Ana de Aluarado las razones y fundamentos figuientes.

Testamento nuncupativo sin escribano bastan cinco testigos

8 ¶ Doña Ana tiene por fi la inftitucion vniuerfal de heredera, en el vltimo teftamento con que murio fu marido, hecho ante vn efcriuano publico, y feys teftigos varones, mayores de edad, vezinos de Granada, que quando no valieffe como teftamento otorgado ante efcriuano en publica forma, no podrâ dexar de valer como teftamento in voce ante cinco teftigos, que es la folenidad que requiere el derecho del Reyno, *ex l.1 tit.4.lib.5.recopilat.* ibi: *Si alguno ordenare fu teftamento, o otra poftrimera voluntad ante efcriuano publico, deuē fer prefentes a lo ver otorgar tres teftigos a lo menos, vezinos del lugar donde el teftamento fe hiziere; y fi fe hiziere fin efcriuano publico, q̄ fean ahi a lo menos cinco teftigos, fegun dicho es, &c.* Porque para que valga como teftamento nuncupatiuo efcrito, tiene cinco teftigos, con las calidades que requiere la ley, y la autoridad del efcriuano; que quando fe huuiera de feguir la opinion de Co-

uarrub.

uarrub.y los demas que refiere Azeuedo, in *l.1.tit.4.lib.5.recopilat.num.22.* era solenidad caual: quanto mas, que la opinion mas cierta y segura es, que haziendose el testamento con escriuano, bastan tres testigos, ex expressa decis. *d.l.1.* resoluit Azeuedo, vbi proximè, *num.23.& 24.concl.1.* Matienz. *ibidem glos.3.num.2.& 3.* Con que concurre el requisito sustancial, de auerse leydo el testamẽto en presencia de los testigos ante mortem testatoris: porque en el instante que el testador se apretô de la enfermedad, y dixo que se moria, el escriuano le leyô lo que se auia escrito hasta alli del testamento, y le preguntô dos vezes, a quien queria dexar por su heredero, y otras tantas respondio, q̃ a doña Ana de Aluarado su muger, como lo deponen seys testigos; nempè, Lorenço Suarez, Diego Suarez, Pedro Suarez, Andres Assensio, fray Florentino Pancoruo, doña Melchora de la Peña, en la prouança de doña Ana, a la segunda pregunta, con que el testamento viene a ser caual de toda solenidad, vt *ex l.fideicommissa.§.quoties, de leg. 3.* tradunt ibi *glos.& DD.* quos sequitur Anton. Gom. in *l.3.Tau. num.107.* Burgos de Paz, *num.207.* Matienz. in *d.l.1.tit.4.lib.5.recopil.glos.3.num.4.* & ex alijs pluribus, tam iuris communis, quam Regij Doctoribus suo more congestis, domin. Castillo, *lib.4. cap.21.num.87.& sequentibus, & cap.22.a n. 119.& sequentibus.*

9 ¶ Y quando para testamento nuncupa

tiuo

tiuo eſcrito, tenga alguna imperfecion y defeto de ſolenidad, no la tiene para q̃ dexe de valer como teſtamento nuncupatiuo in voce, pues delante de ſeys teſtigos dixo el teſtador dos vezes, que dexaua a doña Ana de Aluarado ſu muger por ſu vniuerſal heredera, que es la ſolenidad preciſa deſta eſpecie de teſtamentos, ex verbis *d.l.1.* relatis ſuprà num.8. & ex traditis ab Anton Gom. *in d.l.3.Tau.num.47.* Burgos de Paz, *num. 819.* verſ. *Teſtamentum nuncupatiuum,* Matienz. *in d.l.1. gloſ.3. num.1. & gloſ.6.num.2. & gloſ.7. num.1.* Azeued. ibidem, *num.24. concluſ.2.* maximê eſtando, como eſtâ, publicado en forma legitima, nempê examinados los teſtigos judicialmẽte ante la juſticia, citados los intereſſados, todos conteſtemente deponen por palabras formales de la inſtitucion de heredero, que en ſu preſencia hizo el teſtador en fauor de doña Ana, a la ſegunda pregunta de la prouança, ante el Alcalde mayor, con que el teſtamẽto quedô con plena y caual ſolenidad, ex Matienz. *in d.l.1. gloſ.3.num.2.ad fin.* Anton. Gom. *in d.l.3.Tauri,num.46.*

10 ¶ Sin que obſte el teſtamento cerrado que el Iurado tenia hecho ante Gregorio de Arriola, en que dexaua a doña Ana ſu muger por vſufrutuaria vniuerſal del remaniẽte de ſus bienes, y que deſpues de ſus dias ſe fundaſſe vna obra pia de todos ellos, vt refertur ſuprà num.1. porque vltra de auer lo abierto el miſmo teſtador, como lo con-

fieſſan

fiessan ambas partes vbisup. num.3. con que fue visto auerlo reuocado, *ad l. nostram, C. de testament.* & ex eo tex. post alios tradit Mantic. de *coniectur. vltim. volunt. lib. 12. ti. 1. num. 28.* Couar. in *rubrica de testament. 3. par. num. 19.* vers. *Nam igitur*, Aluarado, de *coniectur. lib. 3. cap. 2. §. 1. num. 10.* por el mismo caso que hizo este vltimo testamento solene, aquel quedô reuocado ipso iure, *ex l. sancimus*, vers. *Sin autē*, ibi: *Ipso iure prius tollitur testamentum, C. de testament. §. posteriore institut. quib. mod. test. infriment. l. 21. in princ. tit. 1. par. 6.* Michael Cras. plures referens, *in tractat. de successsion. §. testamentum, quæst. 86. num. 1. & 2.* optime Surd. *cōs. 414. num. 22.* vbi quod in secundo testamē to semper intelligitur clausula *casans & irritans*, &c. etiam si in eo non legatur, quod etiam pluribus relatis obseruat Farina. *cōs. 97. num. 20.* y abierto y reuocado aquel primero testamento, por este segundo legitimo y solene, toda aquella disposicion quedô reuocada, no solo en quanto a los legados y cosas profanas, sino tambiē en la obra pia, ex mutata voluntate testatoris, tradit Peralta, *in l. si quis in principio testamenti, de legat. 3. num. 48.* vers. *Duodecimo ampliatur*, Petr. Surd. *decis. 292. a num. 14. & sequentibus.*

11 ¶ Sin que obste la dificultad q̄ se mouio en la Sala, videlicet, que la institucion de heredero, la hiziesse el testador ad interrogationem notarij, estando en la misma agonia

institutio heredis ad interrogationem tabellionis vtrum valeat.

agonia de la muerte, en que parece, que no pudo tener tan entero sentido como se requiere, para el acto de nombrar heredero, ad tradita per DD. in *l. iubemus, C. de testam.* Menoch. *cons. 45. num. 16. & seqq. & nu. 22. vol. 1.* Porque se responde.

Lo vno, que la interrogacion que el escriuano hizo al testador no fue sugestiua, proponiendole persona cierta, veluti: *Quereys q̃ sea vuestra heredera doña Ana vuestra muger?* ni la respuesta del enfermo fue por señas, o por solà la palabra, *si,* que son los terminos en que habla Menoch. *d. cons. 45.* y todos los demas DD que tienen la opinion negatiua, quos refert Surd. *cons. 414 num. 9. vol. 3.* sino vna interrogacion simple y general, libre de toda malicia y sugestiõ, nempè, que *a quien dexaua por su vniuersal heredero?* y la respuesta fue; que *a doña Ana de Aluarado su muger:* con que cessa totalmente la objecion, y queda la institucion de heredera con plena seguridad, vt post Alciat. Socin. iun. & alios tradit in terminis Pet. Surd. *d. cons. 414. num. 62,* ibi: *Aduertatur etiam, quod contrariũ procedit quando notarius, vel alius suggerit testatori nomẽ hæredis, & testator respondit simpliciter verbum affirmatiuum: & hic cessat suggestio, quia notarius non expressit nomen hæredis, sed testatorem admonuit, quod nominaret hæredem, qui proprio nomine expressit; ita ponderat Alcia. cons. 534 n. 10 & 12. Soci. iun. cõs. 32. n. 8. & 9. vol. 4. & cõs. 144. n. 54. vol. 2.*

12 ¶ Lo otro, que quando la interrogacion del eſcriuano huuiera ſido ſugeſtiua, proponiendole al enfermo, ſi queria dexar por heredera a doña Ana de Aluarado ſu muger? y el huuiera reſpondido ſola la palabra afirmatiua, *ſi*, o por ſeñas huuiera dado a entender, que *ſi*, la inſtitucion fuera valida y firme, vt ex plurimis DD. tam noſtris, quam exteris, vt communiorem reſoluit Michael Craſ. de *ſucceſsion. §. inſtitutio, quæſt. 17. num. 5. & 6.* mayormente auiendo el miſmo teſtador expreſſado el nombre de ſu muger, con las circunſtancias que interuinieron en aquel acto, videlicet, de eſtar el enfermo en ſu entero juyzio y ſentido, y auer el miſmo mandado llamar el eſcriuano, y començado a teſtar ante el por eſcrito, dictando lo que ſe eſcriuio, vt pleniſsimè per Surd. *d. conſ. 414. num. 53. & 54. nu. 58. & 62.* & per tot. Proſper. Farina. *conſ. 97. num 8. & ſequentibus, & num. 28. & 29.* que ſon dos lugares copioſiſsimos, dignos de verſe para eſte punto.

Por manera, que la inſtitucion de heredera vniuerſal, hecha en fauor de doña Ana de Aluarado, es de todo punto firme y ſegura, ſin que por la ſuſtancia y por la ſolenidad del teſtamento, padezca imperfecion, ni defeto alguno conſiderable.

13 ¶ Y reconociendo las partes contrarias la fuerça deſta verdad, preſentaron ante el inferior vna declaracion hecha por el Padre Antonio Fernandez de la Compañia de

Ieſus

Iesus (que es la que queda referida supra num.4.) que pretenden es de lo que el testador le auia comunicado, y lo que juntamente con la institucion de heredera mandô cumplir y guardar por su testamento, en la clausula referida suprâ, num.4. ibi: *Y q̃ se hiziesse lo que dexaua tratado con el Padre Antonio Fernandez de la Compañia de Iesus*. Y quieren con la dicha declaracion calificar, y limitar la institucion de heredera, hecha en fauor de doña Ana, y reduzirla a solo el vsufruto de los bienes por los dias de su vida, y que despues dellos se funde el patronazgo y memoria perpetua, que el Padre Antonio Fernandez tiene declarado.

14 ¶ Pero esta pretension tiene mucho menos fundamento; y lo cierto es, que la institucion de heredera vniuersal, que en este vltimo testamento hizo el Iurado Esteuan de la Peña en fauor de su muger, se ha de entēder en propiedad pleno iure; y que el auer mandado que se guarde lo que tenia tratado con el Padre Antonio Fernandez, no pudo ser, ni fue quererle modificar la institucion de heredera, reduziendola al vsufruto, sino que en lo demas citrâ institutionem hæredis, se hiziesse y cumpliesse lo que con el Padre Antonio Fernandez tenia tratado, quod quidem euidentissimê demonstratur ex pluribus.

15 ¶ Primo etenim, auiendo dicho el Iurado Esteuan de la Peña en este vltimo testamento, que dexaua por su vniuersal here

dera

dera a doña Ana de Aluarado su muger, si por las palabras, que luego inmediatamente dixo, ibi: *Y que se guarde lo que dexo tratado con el Padre Antonio Fernandez*, se huuiesse de entender, que quiso que se guardasse la declaracion del Padre Antonio Fernandez, en la parte quedize, que el testador dexaua a su muger por vsufrutuaria por sus dias, seria dar contradicion y repugnancia manifiesta en vna misma clausula, y en vn contexto: siendo assi, que no ay cosas mas repugnantes y contrarias, que dexar el testador a su muger instituyda por heredera vniuersal, y juntamente por vsufrutuaria de todos sus bienes por los dias de su vida, vt in simili tradit eleganter Pet. Surd. *cons. 230. num. 13.* ibi: *Tertio certum est, quod legatum donationis propter nuptias factum in testamento, est contrarium dispositioni factæ circa idem legatum in primis codicillis, quia in testamento erat limitatum ad vitam vxoris, in codicillis verò si præmoreretur filius erat liberè remansurum, apud vxoris hæredes; non enim possunt stare simul, quod habeat solum pro vita, vel quod habeat pro semper; dicũtur autem contraria, ea quæ ratione vnius subiecti, & eiusdem finis repugnat, l. 1 C. de furtis, &c.* & sequitur Ioseph. Sesse, *decis. Aragon. 15. num. 11.* Y auiendo de ser la interpretacion del testamento como los DD. quierẽ, ita vt omnis repugnantia cesset in verbis dispositionis, & ne testator sibi ipsi contrarius videatur, vt ex pluribus tradit Iason, Repugnantia vitanda

 cons.

conſ.18.num.10.lib.1. Paul.Pariſ. *conſ.40.nu.36.lib.2.* Menoch. *conſ.2.num.61.lib.1.* Petr. Surd.*d.conſ.230.num.28.& conſ.279.nu.14.lib.2.* latè Simon de Prætis, de *vltim. volũt. lib.1.interpretat.1.dubitat.4.ſolut.9.per tot. fol.mihi 53.* Ninguna interpretacion ſe puede mas ſeguramente aplicar a eſta clauſula, que entender las palabras vltimas della, ibi: *Y que ſe guarde lo que dexa tratado con el Padre Antonio Fernandez*, ſalua la inſtitucion de heredera vniuerſal, hecha en eſte vltimo teſtamento, teniendo por firme y conſtante, que en quanto a la inſtitucion, por aquella clauſula ſe apartò de lo que antes auia comunicado y tratado con el Padre Antonio Fernandez, queriendo que en todo lo demas ſe cũplieſſe lo tratado. Porque ſi èſto no fuera aſsi, y ſu vltima voluntad fuera dexarla por vſufrutuaria, y no por heredera vniuerſal pleno iure, quando el eſcriuano le preguntò a quien queria dexar por ſu heredero vniuerſal, claro eſtâ que reſponderia: *hagaſe lo que tengo tratado con el Padre Antonio Fernandez*; pues con eſta reſpueſta ſatisfazia a la pregunta baſtantemente, auiendo tratado de dexar a ſu muger por vſufrutuaria por ſus dias, y que deſpues dellos ſe fundaſe de la herencia vn patronazgo: pero como en eſta parte ya tenia diferente voluntad, reſpondio en quanto a la inſtitucion con eſpecialidad, haziendo heredera vniuerſal a ſu muger, y para lo demas q̃ ſe guardaſſe lo q̃ dexaua tratado con el P. Antonio Fernãdez.

Lo

16 ¶ Lo segundo, el testador (segun tiene declarado el Padre Antonio Fernandez) le dexaua comunicado todo lo que entonces pensaua disponer por su testamẽto; assi los legados particulares, como la disposicion vniuersal de todos sus bienes, en la forma que se contiene en la declaracion que queda referida suprâ, num. 6. Vnde si despues, quando el Iurado hizo el vltimo testamento, auiendole preguntado el escriuano, *a quiẽ queria dexar por su heredero vniuersal?* respondiera solas las palabras vltimas: *hagase lo que tengo tratado con el Padre Antonio Fernandez*, no se pudiera dudar, que en estas palabras indefinitas: *hagase lo que tengo tratado con N.* general e indistintamente quedara comprehendido todo lo que dexaua comunicado y tratado; assi en quanto a los legados particulares, como en quanto a la disposicion vniuersal de la herẽcia, quia verba indefinita vniuersalibus æquipollẽt ex *l. si pluribus 45. de leg. 2.* Prætis, de *vltim. volunt. lib. 2. interpr. 4. dubit. 2. solut. 2. à n. 29. & seqq. fol. mihi 263.* plenê dom. Castillo, *toto c. 44. lib. 4.* Pero como a la pregunta del escriuano respondio, en quanto a la disposicion de la herencia, con aquella especialidad, dexando por heredera a su muger, y añadiendo inmediatamente la disposicion general, *y hagase lo que dexo tratado con el Padre Antonio Fernandez*, esta general disposicion (que aliâs comprehendia todo lo tratado; assi cerca de los legados, como cerca

Verba indefinita

ca de la herencia, en la forma que se contiene en la declaracion del Padre Antonio Fernandez) solamente comprehende lo tratado acerca de los legados particulares, y no se estiende a lo tratado cerca de lo vniuersal de la herencia, que ya el testador dexô alterado y mudado, con la expressa y especial prouision de la institucion de heredera, que dexaua hecha en fauor de su muger al principio de la misma clausula. Tũ quia generi per specie derogatur, *l. in toto iure ff. de reg. iur. l. vxorem 39. §. felicissimo, de legat. 3.* plura Surd. *cons. 352. n. 1. vol 3.* Tũ etiã, quia generalis clausula, seu dispositio non cõprehendit casus in specie prouissos, nec ad eos extenditur, vt *ex l. cohæredi, §. qui patrem, ff. de vulg. l. vxorem 39. §. felicissimo, de leg. 3.* notant vtrobique DD. optime Ias. *cons. 18. n. 8. & 9. lib. 1.* Philip. Corn. *cons. 308. n. 1. ad fin.* vbi quod generalis clausula, non videtur reuocare specialem, quia non trahitur ad specialiter disposita, immô generalis clausula in eo non censetur reuocata, quod continetur in speciali, Petr. Surd. *cõs. 394. n. 37. & cons. 456. nu. 48. lib. 4.* August. Beroi. *cons. 57. n. 11. vol. 3.* Ludouic. Casanat. *cons. 57. n. 15.* & post plures dom. Castill. *lib. 4. c. 41. n. 27.* & nouissimê Ioan. Anton. Bellon. *cons. 10. n. 13.* Y es infalible, que si el testador quisiera dexar a su muger con solo el vsufruto, como lo auia comunicado con el Padre Antonio Fernandez, no dixera expressamente, *que la dexaua por su heredera vniuersal,*

Clausula generalis non comprehendit casus in spetie provisos.

ũ *uersal*, pues bastaua dezir, que se cumpliesse lo que tenia comunicado: y el auer expressado la institucion de heredera, se ha de entender que fue, por auer mudado la voluntad en aquella parte en fauor de su muger, dexandole la herencia en propiedad. Porque de otra manera, la institucion de heredera que hizo fuera superflua, & verba disponentis ita debẽt interpretari, ne videãtur frustra a testatore pronuntiata, & sine effectu operandi, vt ex *l si quando, de lega. 1.* notant ibi DD. communiter latê Simon de Prętis, de *vlti. volun. lib. 2. interp. 3. dubita. 2. solut. 5. a n. 1. & seqq.* Casanat. *cons. 4. nu. 171. & seqq. & cons. 10. n. 58.* & plures alij congesti â dom. Castill. *lib. 4. controu. c. 38. a n. 1. & sequentibus.*

17 ¶ Lo tercero, que auiendo respondido el testador a la interrogació del escriuano, *que dexaua a su muger por su vniuersal heredera*, no se ha de entender, que luego inmediatamente en la misma clausula quisiesse reuocar la institucion de heredera, y hazerla vsufrutuaria, corrigiendose incontinenti, quia testator nunquam præsumitur in eodem instanti â priori voluntate recedere, & ita continuo, & in cõtinenti se ipsum corrigere, ex *l. non ad ea 88. de condit. & demonstrat.* notant ibi DD. vt per Franc. Mantic. de *vlt. volun. lib. 12. tit. 1. n. 3. & 3.* Simon de Pręt *de vlt. volun. lib. 1. interpr. 1. dubit. 4. solut. 8. per tot. fol. mihi 53.* Ludouic. Casana. *cons. 38. n. 29. & cons. 53. n. 64.* Petr. Sur. *cons. 362. n. 15.* Leand. Galgan. *de cond. & demõst.*

Correctio incontinenti vitanda

E *2. p.*

2.p.c.1.q.18.n.20. Y aunque la queſtion, ſi ſe ha de preſumir, que el teſtador, diſponiendo coſas contrarias en vn miſmo teſtamento, ſe quiſo corregir, o no, es controuerſa, y la conciliacion comunmente recebida es, diſtinguiendo inter contrarietatem poſitã in continenti in eadem clauſula, vt in ea non videatur ſe correxiſſe, & contrarietatẽ poſitam ex interualo in diuerſis clauſulis, & in hac cenſeatur teſtator receſsiſſe a priori voluntate, vt per Mantic. Prætis, & Galgan. vbi proximê; eſta controuerſia y dificultad corre ſolamẽte en los legados y diſpoſiciones particulares, en que habla la *ley non adea 88. de cond. & demonſt.* Pero en la diſpoſicion vniuerſal de la inſtituciõ de heredero, ſi en vn miſmo teſtamento ſe hallã diſpoſiciones contrarias, etiam circa eandẽ perſonam; como ſeria, ſi auiendo el teſtador nombrado a Ticio por ſu heredero vniuerſal puramente, deſpues ſe hallaſſe clauſula, que modificaſſe, o condicionaſſe la inſtitucion en la miſma perſona, la vltima diſpoſicion quedaria vicioſa, y ſe eſtâ a la primera, que clara y manifieſtamente es mas plena y mas fauorable al heredero, ex eleganti & expreſſo tex. in *l. ſi te ſolum 27. ff. de hæred. inſtit* ibi: *Sed ſi te hæredem inſtituero, & deinde ſub cõditione te eũdẽ hæredẽ inſtituã, nihil valere ſequentem inſtitutionem, quæ prius ſatis plana fuiſſet,* vbi notat Bart. *oppoſit. 1.* dõde oponiendoſe de la *l. non adea,* vbi valet ſecunda diſpoſitio contraria primæ, reſponde a la opoſicion his ſanê verbis, ibi: *Aliud*

institutio heredis plena non potest allia clausula modificari.

in

in institutionibus in quibus præualet institutio, plenior, vt hic; aliud in legatis in quibus præualet vltima voluntas. Idem notat Bald. ibidem *n.2.* ibi: *Secundo nota, quod quando noua forma institutionis est plenior, quam secunda statur primæ, & sic posterior forma nõ habet priori derogare, seu detrahere, & hoc in institutione hæredis,* Paul. Castrens. *in l. quod traditum 86. n. 2. ff. de condit. & demonst.* vbi decisionẽ *d. l. si te solum,* valdê commẽdat, Bartol. item in *d. l. quod traditum ante, nu. 1.* Alberic. in *d. l. non adea, in princ.* Curti. iun. *cons. 145. n. 15.* ibi: *Ad quod etiam benè facit decissio tex. singularis, in l. si te solum, ff. de hæred. inst. vbi si testator instituat, aliquem hæredem purè demùm in cõtinenti instituat sub conditione non videtur se in continenti correxisse, sed prima dispositio, tanquam plenior, & magis consona menti testatoris est seruanda, &c.* Optimê Menoch. *cons. 105. n. 3. & 64* Vvesembech. *cons. 41. n. 72.* Simon de Pręt. de *vlt. volunt. lib. 1. interpret. 1. dubit. 4. solut. 8. n. 2.* Que son textos y dotrinas en terminos, para prouar, que la institucion de herędera vniuersal, que el testador hizo en fauor de su muger, en la primera parte de la respuesta que dio a la interrogacion del escriuano, no quedô alterada, ni corregida por las palabras vltimas, en q̃ mandô guardar lo que dexaua comunicado con el Padre Antonio Fernandez.

18 ¶ Todo lo que queda dicho y ponderado en estos tres fundamentos, contra la limitacion y modificacion, que los cõtrarios

induzen

induzen en la inſtitucion de heredera, pretendiendo reduzirla a ſolo el vſufruto, es con preſupueſto, que la declaracion hecha por el Padre Antonio Fernandez, fueſſe valida, y de tal calidad, que ſe huuieſſe de obſeruar, que en tal caſo dezimos, que la dicha declaracion ſe ha de entẽder como no ſe contradiga, ni haga repugnancia a la voluntad expreſſa del teſtador circa hæredis inſtitutionem, vt ſup. n. 15. y que la general diſpoſicion, que reſulta de mandar que ſe guarde lo comunicado con el Padre Antonio Fernandez, cõprehende ſolamente los legados y coſas particulares, pero no la inſtitucion de heredero, que por expreſſa y eſpecial voluntad anterior, quedaua proueyda, vt ſup. n. 16. y que por la diſpoſicion poſterior, en que el teſtador mandô guardar lo que dexaua comunicado, no quedô derogada ni condicionada la inſtitucion de heredera vniuerſal, hecha por la primera diſpoſicion expreſſa y clara, vt ſup. nu. 17. Pero eſte preſupueſto es falſo, y aſsi eſtamos en terminos mucho mas llanos e indubitables, en fauor de la inſtitucion de heredera, ſiendo aſsi, que la declaracion que el Padre Antonio Fernandez hizo fue ſimple, y ſin el requiſito formal del juramento que el derecho pide, para que ſemejantes declaraciones tengan fuerça, y ſe deua eſtar a ellas. Porque el tercero, a quien el teſtador dexa comunicadas algunas coſas, y manda por ſu teſtamento que ſe cumpla lo que aquel declarare, el derecho lo reputa por teſtigo

q.do el testador dice q se este por la declaracion de alguno la a de hacer jurada

de

de la voluntad del difunto, y aunque es singular, le dâ entera fê y credito en fauor particular de la vltima voluntad, pero ha de ser declarando con juramento: ita expressê colligitur ex ipso text. in *l. Theopompus 15. de dote prælegata*, ibi: *Pollianus autem, a marito puellæ iuratus scripsit, &c.* vbi notat *glos. verbo, iuratus*, & post eam DD. omnes, maximê Bartol. *n. 7.* ibi: *Quandoque testator dicit standum esse dicto alicuius de eo, quod ipse testator sibi dixit, & tūc quia dictum illius est, quodam modo testimonium volūtatis defuncti, magis quam iudicium deponentis debet deponere per iuramentum, vt testis, vt hic & l. iuris iurandi, C. de testib. &c.* idem etiā Paul. Castrens. *cons. 177. n. 2. vol. 2.* Ias. in *l. admonendi, n. 200. ff. de iure iur.* Anto. de Butr. in *c. veniens el 1. nu. 8.* vers. *An autem extra de testib.* Bald. in *l. captatorias 11. n. 8. C. de testam. milit.* Simon de Præt. de *vlt. volunt. lib. 1. interpr. 1. dubit. 3. solut. 5. nu. 6. fol. mihi 27.* Mantic. de *vlt. volunt. lib. 3. tit. 1. nu. 15.* Mascard. de *probat. to. 1. q. 11. n. 13. & cōc. 486. n. 5.* Fusu lit.ª C. 3 lud. 531. n.º 3.
Y no como quiera, el juramento simpliciter præstito, sino que ha de ser citada la parte interessada, vt ex pluribus resoluit Farin. *de testib. q. 63. n. 39.* Y este defeto, ya en el estado que tiene este negocio, es insanable: porque aūque oy jurasse el Padre Antonio Fernādez, que lo que declarô es lo mismo que le comunicô el testador, no toma fuerça alguna la declaracion por el juramēto: porque siendo, como es, testigo, no puede sanar el defecto del juramento ex post fac-

to,

to, ex doctrina Cyni, in *l. iuris iurandi, nu. 2. ad fin. C. de testi.* quē sequitur Bald, *n. 1. & 2.* vers. *Aut ex interuallo*, Salice. *n. 3.* late Seraphin. *de priuileg. iuram. priuileg. 30. a n. 4. & seqq.* vbi *n. 3.* asserit, hoc procedere etiam in Religiosis declarantibus, etiam si Episcopi sint, vel Cardinales.

19 ¶ Y finalmente, quando la declaracion fuera jurada, siendo, como es, sobre vna cosa de tanta importancia como la institució de heredero, no basta el juramento solo, si juntamente no concurren congeturas que la hagan verósimil, ex singulari doctr. Pau. Castrens. *in l. si ita scripsero 38. n. 2. de condit. & demonst.* ibi: *Sed hic non sic, quia committit vt non nominet, nisi illum de quo testator sibi dixit secretó, nec est verosimile, quod mentiatur si cum iuramento nominauit dummodo concurrant aliæ coniecturæ, quod testator de illo sensit, casus est in l. quem hæredi de reb. dub.* Immol. *in l. illa institutio, n. 16. de hæredib. instit.* Couarru. *in c. cum tibi, nu. 15.* vers. *Quibus tamen addendum est de testamentis.* Y aqui no solo no ay congeturas que hagā verosimil la declaracion, antes las ay en fauor de la institucion de heredera vniuersal: porque en la prouança de doña Ana, a la tercera pregunta, ay muchos testigos que deponen, que el Iurado, antes de hazer el vltimo testamento, les dixo; que su voluntad era dexar por heredera vniuersal a su muger, veluti Francisco Ceron, fol. 10. pag. 2. fray Bartolome Romero, fol. 15. que depone de quinze dias antes que muriesse el Iurado,

rado, Antonio Gonçalez, fol. 12. pag. 2. depone de ocho dias antes, fray Francisco de santa Maria depone de pocos dias antes, doña Eluira de la Peña, prima hermana del difunto, assi en la prouança, en la misma tercera pregunta, fol. 12. como en la declaració que hizo ante vn escriuano por descargo de su conciencia, siendo la parienta mas cercana, y la que auia de suceder ab intestato, auiendole notificado si queria pedir alguna cosa, Rollo, fol. 28. Dize, que la herencia pertenece a doña Ana, porque en su presencia la dexô su primo por heredera; y que estãdo para morir, y muchos dias antes, le dixo a ella, que queria dexar a su muger por su heredera vniuersal: y ninguna congetura ay mas cierta, para interpretar la voluntad dudosa de vn testador, que la que resulta de lo que le oyeron dezir antes, o despues de hecho el testamento, como estê prouado con dos testigos, vt ex originali doctrina Bart. in *l. 2. n. 4. de vulgari*, obseruat post alios domi. Molin. *lib. 1. c. 5. n. 40.* & ante eum Simon de Præt. *de vlti. volun. lib. c. interpr. 1. dubit. 3. solut. 5. a n. 30. & seqq.* & post alios plures domin. Castill. *lib. 4. controuers. cap. 19. n. 28. & seqq.* Y tambien, porque siendo assi, que el tiempo que el Iurado comunicô su voluntad con el Padre Antonio Fernandez, el testamento primero, en que dexaua a su muger por vsufrutuaria, estaua toda via cerrado, como se colige de la misma declaració, Roll. fol. 64. pag. 1. Y lo que el Padre Antonio Fernãdez declara que el testador le comunicô,

municô, fue, refiriendose a lo que tenia dispuesto en su testamento cerrado, encargandole la conciencia, que lo hiziesse cumplir, especialmente lo que toca al patronazgo y obra pia, para despues que muriesse doña Ana su muger, como se colige expressamẽte por la dicha declaracion, Rollo, fol. 65. q̃ queda referida sup. n. De que resulta, no congetura, sino euidencia, de que la voluntad con que el Iurado murio, y la que tuuo siempre, por lo menos despues que otorgô el testamẽto cerrado, fue, dexar a su muger por heredera pleno iure, pues abrio el testamento en que le dexaua solo el vsufruto, y mãdaua fundar el patronazgo y memoria; y que al tiempo que comunicô aquella voluntad con el Padre Antonio Fernandez, no estaua firme en ella, pues le dixo que queria abrir el testamento, como se refiere en la declaracion, fol. 64. ad *tex. in l. nostram, C. de testament.* & ad tradita per DD. relatis sup. num. Por manera, que la declaraciõ sea valida, o no lo sea, no puede causar perjuyzio alguno a la institucion de heredera vniuersal pleno iure, que doña Ana tiene en su fauor: & ita inferioris sententiam confirmãdam Deo Opt. Max. annuente speramus. Salua in omnibus G.S.C.